Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

ſtand der Klage .... den Werth von Fünfzig Gulden erreichen ſolle," nicht beſtimmt genug, denn darnach müßte man annehmen, daß der Gegenſtand der Klage, nicht der Gegenſtand der Beſchwerde entſcheide; und gleichwohl iſt nach Art. 98. über die „Ordnung des Verf. bei Mittelgerichten [31]," das Letztere der Fall. Eben ſo wenig kann man aus dem angef. Art. 51. diejenigen Beſtimmungen entnehmen, welche nach Abſatz 5. und 6. der Motive [32], als ſich von ſelbſt verſtehend, angenommen ſind. Ohne Anleitung der Motive würde man eher das Gegentheil annehmen. Sehr beſtimmt drückt ſich die preuß. Gerichtsordnung aus [33].

XII.

Ueber die Verpfändung einer fremden Sache.

Von Herrn Meyer in Stuttgart *).

Man war bisher gewohnt, die Lehre von der Verpfändung einer fremden Sache auf eine Weiſe vorzuſtellen, womit ſich viele Geſetze nicht vereinigen, und wobei ſich manche gar nicht erklären ließen. Es dürfte daher ſchon der Mühe werth erſcheinen, die Sache noch einmal vorzunehmen.

I.

Die Verpfändung einer fremden Sache, welche weder ausdrücklich auf den Fall des Erwerbs bedingt wird, noch ſtill-

31) Floret a. a. O. H. II. S. 128.

32) Floret a. a. O. H. I. S. 128.

33) Preuß. A. G. O. I. 14. §. 3. f. und Anhang vom 4. Febr. 1815. §. 108. f. Ueber andere Geſetze ſ. Mittermaier d. g. d. b. Proz. Beitr. III. S. 21. f. und daſ. die Noten.

*) Der Verfaſſer hat ſich durch Herausgabe ſeines Commentars des neuen Würtemb. Pfandgeſetzes Stutigard 1825 als einen ſcharfſinnigen Juriſten legitimirt. Note der Redaktion.

ſchweigend durch ihre Allgemeinheit [1]) eine ſolche Bedingung enthält, iſt ungültig; obgleich die Geſetze nicht verlangen, daß die verpfändete Sache dem Verpfänder in's ſtrenge Eigenthum gehöre, und ſogar eine mit der „actio Publiciana“ geſchützte „bonae fidei possessio“ für hinreichend erklären, um dem Pfandrechte, den Befugniſſen des Verpfänders gemäß, Kraft zu verleihen.

l. 23. D. de prob. (22. 3.) Marcianus. Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve vit; sed etsi hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem *pertinere* ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit.

l 2. D. de pigner. act. (13. 7.) Pomponius. Si debitor rem pignori datam vendidit, et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori cui pignus dederat, tibique cum eo convenit, ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, *nihil* te egisse constat; *quia rem alienam pignori acceperis* etc.

l. 6. C. si aliena res etc. (8. 16.) Dioclet. et Maxim. Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori, sc magis contrario pigneratitio obligat judicio, ...; *cum serviana etiam actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint* etc.

l. 18. D. pign. (20. 1.) Paulus. Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pig-

---

1) Ob gleich ſteht auf Erlangung der verpfändeten Sache gerichtetes, perſönliches Recht — l. 3. D. l. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. (20. 4).

nori accepi, *sic* tuetur me *per Servianam* Praetor, *quemadmodum* debitorem per Publicianam.

l. 16. §. 7. D. eod. Marcianus. Aliena res utiliter potest obligari sub *conditione*, si debitoris facta fuerit.

l. 15. §. 1. D. eod. Gajus. Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet quae specialiter facta est, *non illam*, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut..... caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit etc.

Ueber dieſe Regel wie über ihre Ausnahmen kann demnach nicht leicht ein Zweifel obwalten. Wohl aber beginnt die Verlegenheit mit der Frage, wie es alsdann zu halten ſey, wenn der Verpfänder nachher das Eigenthum der Sache erlangt. Daß das Pfandrecht ſelbſt dadurch zu Kraft gelange, hat man immer eingeſehen, nicht eben ſo, auf welche Weiſe, und mit welchen Wirkungen gegen dritte Berechtigte es dazu gelange.

Forſchen wir auch hier ſogleich in den Geſetzen!

l. 22. D. eod. Modestinus. Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex post facto pignus quidem *directo* non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.

Wir laſſen hier die Entſcheidung Modeſtins, ſofern ſie das Materielle des vorgelegten Falles betrifft, dahin geſtellt, und beſchäftigen uns blos mit der Art und Weiſe, auf welche das Pfandrecht ſoll geltend gemacht werden können. Dabei kann man denn nicht überſehen, daß der Gegenſatz von „directo convalescere“ und „utilis pigneratitia“ etwas ganz anderes, als den gewöhnlichen Unterſchied zwiſchen actio directa und utilis andeuten müſſe. Selbſt da, wo das Pfand-

recht von Anfang an vollgültig iſt, ſteht dem Gläubiger gewöhnlich keine actio directa, ſondern nur eine quasi Seraiana, eine ad exemplum ejus ſogenannte utilis Serviana [2]) zu. „Directo non convalescit“ kann alſo nicht heißen, das Pfandrecht werde nicht ſo gültig, um eine actio directa hervorzubringen; denn dieſe bringt es, auch wo eine eigene Sache verpfändet wird, in der Regel nicht hervor. Vielmehr muß ſich der Sinn dieſer Worte auf etwas beziehen, was bei der actio hypothecaria in andern Fällen nicht gebräuchlich iſt.

Sucht man weiter nach, ſo ſtößt man auf eine andere, dem Weſen nach ähnliche Stelle.

l. 5. l. Si alien. res etc. Dioclet. et Maxim. Cum res, quae necdum in bonis debitoris est pignori data ab eo postea in bonis ejus esse incipiat, *ordinariam* quidem actionem super pignore non competere, manifestum est; sed tamen aequitatem facere, ut facile *utilis persecutio* exemplo pignoratitiae detur.

Hier iſt dem Pfandberechtigten die „actio ordinaria“ abgeſprochen. Welches wäre aber, im vorliegenden Fall, vorausgeſetzt die verpfändete Sache hätte dem Verpfänder angehört, dieſe „actio ordinaria?“ offenbar keine andere, als die actio utilis Serviana. Dieſe wird ihm nun verſagt, und nur aus Billigkeit ſoll er eine ihr ähnliche haben.

Halten wir beide Stellen zuſammen, ſo ſagt die Eine: „pignus directo non convalescit,“ und die Andere: „ordinaria actio non competit, die Eine wie die Andere alſo, daß das Pfandrecht nicht eigentlich gültig, dem Pfandberechtigten aber doch eine Pfandklage, als wäre daſſelbe gültig, gegeben werde.

---

2) Die Serviana directa findet nur gegen den colonus Statt; ſonſt, alſo in den meiſten Fällen, in der Regel die Serviana utilis. §. 7. J. de act. (4. 6.) l. 1. C. de prec. (8. 9.)

Wie das zugehe, darauf ſcheint der Ausdruck „aequitas“ in der letztern Stelle hinzudeuten. „Aequitas“ wird dem ſtrengern Recht entgegengeſetzt, und zumeiſt als Grundlage deſſen angeſehen, was das ſtrengere Recht aufhebt, der Einreden. Das Inique eines nach ſtrengerm Recht gegründeten Anſpruchs ſoll die „aequitas“ entkräften [3]). Dieſer Andeutung zufolge wäre der Weg, auf dem der Pfandberechtigte ſeine Pfandklage durchzuſetzen vermöchte, der Weg der Einrede. Er hat eigentlich kein Pfandrecht, „pignus directo non convalescit,“ auch eigentlich keine Pfandklage, „ordinaria actio non competit,“ aber er kann doch leicht, „facile,“ eine dingliche Klage durchſetzen, als ſtünde ihm ein Pfandrecht und eine Pfandklage wahrhaft zu, „persecutio ad exemplum pignoratitiae datur.“

Welche Einrede wird es nun wohl ſeyn, welche dem Pfandberechtigten zu Gebot ſteht? Schon im Voraus darf man wohl annehmen, es werde die Einrede des Dolus ſeyn. Denn gerade die exceptio doli iſt es, welche allenthalben Platz greift, wo eine Rechtsverfolgung der „aequitas“ widerſpricht [4]). Dem gemäß würde der Gang der Sache folgender ſeyn. Der Pfandberechtigte bringt die Pfandklage vor; der Verpfänder ſetzt ihm die Einrede entgegen: si res non aliena fuerit, er habe mithin gar kein Pfandrecht; darauf erwidert der Pfandberechtigte durch die Replik: si non tua sit, es liege mithin etwas Doloſes darin, daß ihm die Sache vorenthalten werde.

Dieſer Gang iſt es in der That auch, welchen die Geſetze mit klaren Worten bezeichnen.

l. 41. D. de pign. act. Paulus. . . . . Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, *improbe resistit*, quo minus utilis actio moveatur.

3) Gaj. Comment. IV. §§. 115 — 119. §§. 126 — 130. pr. §§. 1 — 7. J. de except. (4. 13.) pr. §§. 1 — 4. J. de replic. (4. 14).

4) l. 12. D. de dol. et met. except. (44. 4).

Auch bei dieſer Stelle laſſen wir die den Erben betreffende Entſcheidung unberührt. Wenn aber der Verpfänder ſelbſt Eigenthümer wird, alsdann „improbe resistit.“ Das „improbe“ bezeichnet gerade ein Thun, worauf man eine exceptio doli ſtützen kann [5], das „resistit“ die Art, wie man das „improbe“ der Handlung des Verpfänders benützt. Der Verpfänder widerſteht, er bringt eine Einrede vor; ſein Widerſtehen iſt aber „improbe,“ eben darum kann ſeine Einrede die Pfandklage nicht hindern, weil ſie ſelbſt durch eine replica doli entkräftet wird. Das meint denn auch Paulus, indem er das „improbe“ aus dem herleitet, „ut ex suo mendacio arguatur.“ Der Verpfänder wird der Lügenhaftigkeit, deſſen überwieſen, daß er ſich ſelbſt widerſpricht, und ein Pfand, das er ſelbſt beſtellt, nicht gelten laſſen will, daß er eine fremde Sache, wie wenn ſie ſein wäre, verpfändete, und dann hinterdrein, ſie als eine fremde ausgiebt, und das Pfandrecht anficht.

Hält man die hier ausgeſprochene Anſicht feſt, ſo zeigt es ſich auf den erſten Blick, daß nur der Pfandberechtigte im guten Glauben, d. h. derjenige, welcher, ohne die Eigenſchaft der Sache zu kennen, ein Pfandrecht darauf erlangte, dieſes ſein Pfandrecht durch die replica doli aufrecht erhalten könne, daß ſich aber Alles anders geſtalten müſſe, wenn der Pfandberechtigte ſelbſt wußte, es werde ihm eine fremde Sache verpfändet, und die Verpfändung, böſen Glaubens, annahm.

Es iſt ein bekannter Grundſatz, daß ſich Dolus gegen Dolus inſofern ausgleiche, als der Kläger, ſeines eigenen Dolus wegen, gegen den doloſen Beklagten im Nachtheil bleibe, und der Einrede des Dolus nicht hinwiederum eine Einrede des Dolus entgegenſtellen dürfe [6].

---

5) l. 17. D. de evict. (21. 2).

6) l. 4. §. 13. D. de dol. et met. except. l. 154. D. de reg. iur. (50. 17).

Dieſer Grundſatz, auf die Verpfändung einer, dem Pfandberechtigten als fremd bekannten, Sache angewendet, müßte dem Pfandberechtigten, der eine Verpfändung im böſen Glauben vornehmen ließ, das erlangte Pfandrecht allerdings unwirkſam machen. Denn ſobald ihm der Schuldner vorhält: si non res aliena te sciente pignori data sit, alsbald iſt er durchaus, und rettungslos geſchlagen. Sein Pfandrecht könnte er einzig vermöge einer replica doli ſchützen; nun wird ihm eine exceptio doli in den Weg geworfen, die er durch ſeine replica nicht hinwegzuräumen vermag.

Wie aber? Geſetzt er ſelbſt; der Pfandberechtigte, wäre im Beſitz der Sache, dürfte ſie ihm der Verpfänder, welcher nach der Verpfändung das Eigenthum erlangte, vermöge dieſes Eigenthums entreißen? Man bedenke nur, daß der Streit ſich hier umkehrt, und man wird die Frage aus derſelben Urſache für den Pfandberechtigten entſcheiden, aus welcher man, ſo er klagte, gegen ihn entſchied. Klagt nämlich der Verpfänder aus ſeinem Eigenthum, ſo hält ihm der Pfandberechtigte die exceptio doli entgegen. Dieſe exceptio doli kann der klagende Verpfänder nicht dadurch entkräften, daß er den eigenen Dolus des Pfandberechtigten und Beſitzers heraushebt; weil es gegen eine exceptio doli keine replica doli giebt.

Auf die Weiſe geſchieht es denn, daß, ſo auch der Pfandberechtigte dolos handelte, „melior habetur possessoris causa.“

Was wir durch die Natur der Sache, und der allgemeinen Grundſätze darzuthun ſuchten, das wird von den Geſetzen ausdrücklich beſtättigt.

l. 1. D. de pign. Papinianus. Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito, *difficilius* cre-

ditori, *qui non ignoravit alienum*, utilis actio dabitur; sed *facilior* erit *possidenti retentio.*

Die bisher gangbare Meinung, welche in Wahrheit ein Pfandrecht dadurch entstehen läßt, daß der Verpfänder das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt, weiß keinen natürlichen Grund dafür anzugeben, weshalb nicht auch dem Pfandberechtigten in bösem Glauben durch jene Erwerbung ein Pfandrecht entstehen, sondern blos eine Retention zukommen soll. Dagegen können wir, die wir nicht eigentlich ein Pfandrecht entstehen, sondern nur durch Exceptionen, bald als Repliken vorgeschützt, geltend werden lassen, den Unterschied zwischen dem Pfandberechtigten im guten und bösen Glauben hinlänglich rechtfertigen.

II.

Sofern von dem Pfandberechtigten gegen den Verpfänder gestritten wird, könnte man die Sache für hinlänglich erörtert halten. Allein es können außer dem Verpfänder noch andere Personen betheiligt seyn, die bald angreifend bald vertheidigend dem Pfandberechtigen entgegentreten. Auch ihre Verhältnisse müssen gewürdigt werden.

1) Am nächsten dringt sich uns die Untersuchung auf, wie die Sache alsdann zu regeln seyn dürfte, wenn der Verpfänder, nachdem er das Eigenthum der von ihm zur Zeit, als sie noch einem Andern zustand, verpfändeten Sache erlangt hatte, diese Sache auf einen Dritten übertrug.

Wir haben bereits gesehen, daß der Pfandberechtigte gegen den Verpfänder nur durch die replica doli durchdringen könne. Dieser Dolus der Verpfänders, wird aber noch durch seine Veräußerung der Sache erhöht. Denn, indem er wußte, daß er sie schon verpfändet habe, kann er sie nicht auf einen Andern übertragen, ohne sich einer Böslichkeit schuldig zu machen. Soll nun der Dolus des Verpfänders auch dem neuen Erwerber schaden, und auch gegen ihn, wie gegen den Verpfänder die replica doli insofern wirksam seyn,

als er ſelbſt ſein Recht nur von dem ableitet, gegen den ſie wirkſam ſeyn würde?

Gewiß nicht! Kein Dolus des Vorgängers ſchadet dem ſingulären Nachfolger, noch kann dem Letztern eine Einrede wegen Dolus vorgehalten werden, welche dem Erſtern hätte vorgehalten werden können [7]). Nur wenn der Nachfolger ſich ſelbſt eines Dolus ſchuldig gemacht hätte, würde er unter der Einrede des eigenen Dolus leiden [8]).

Dieſer eben erwähnten Ausnahme zufolge müßten wir auch im vorliegenden Fall ſagen, nur alsdann leide der dritte Erwerber unter replica doli, welche ſeinem Vorgänger geſchadet haben würde, wenn er ſelbſt nicht im guten Glauben erworben hätte.

Was heißt aber dem Pfandberechtigten gegenüber, man habe im böſen Glauben erworben? Offenbar nichts anders, als man habe das von dem Veräußerer beſtellte Pfandrecht gekannt, und die verpfändete Sache deſſen ungeachtet an ſich gebracht. Dieſes Wiſſen um die frühere Verpfändung berechtigt den Pfandgläubiger auch dem dritten Erwerber auf die Einrede: si non res aliena fuerit, zu erwidern, die Sache ſey mit dem Bewußtſeyn, daß ſie einem Andern verpfändet war, erworben worden, und durch dieſe eine replica doli enthaltende Erwiderung ſein Pfandrecht durchzufechten.

2) Gleich wichtig iſt die Beurtheilung des Verhältniſſes, in welchem der Pfandberechtigte, der eine fremde Sache als Pfand erhielt, zu andern, ſpätern Pfandberechtigten ſtehe, welchen dieſelbe Sache als Pfand gegeben wurde. Doch wollen wir hier zwei Fälle ſondern.

α) Hat der ſpätere Pfandgläubiger ſein Pfandrecht zu einer Zeit erworben, wo die Sache bereits in's Eigenthum des Verpfänders gekommen war, ſo iſt unſtreitig ſein Pfandrecht vollgültig. Trotz dem muß er dem weichen, welchem

7) l. 2. §. 1. l. 4. §§. 27 — 30. D. de dol. et met. except.
8) l. 4. §. 31. D. eod.

früher, als der Verpfänder das Eigenthum noch nicht hatte, ein Pfandrecht bestellt wurde. Zwar sollte man denken, der spätere Pfandberechtigte könne nicht schlimmer daran seyn, als der dritte Erwerber, und es könne jenem so wenig als diesem eine auf Dolus sich beziehende Einrede oder Replik aus der Person des Vorgängers und Verpfänders ein Hinderniß seyn. Allein dem ist nicht also. Der Pfandberechtigte muß sich auch exceptiones und replicae doli gefallen lassen, welche der Verpfänder sich hätte gefallen lassen müssen, weil, wie das Gesetz sagt, „res ad eum, qui dolo fecit, reversura est [9])."

Mag mithin der spätere Pfandgläubiger im guten oder bösen Glauben gestanden seyn, als er das Pfandrecht erwarb, d. h. mag er zu dieser Zeit von dem früher bestellten Pfandrechte gewußt oder auch nicht gewußt haben, so muß er sich doch auch die replica doli, welche seinem Verpfänder geschadet hätte, gefallen lassen. Denn er wird mit diesem gleichsam betrachtet, „quia res ad eum, qui dolo fecit, reversura est."

β) Noch weit mehr muß das eintreten, wenn der spätere Pfandgläubiger selbst sein Pfandrecht zu einer Zeit erwarb, wo der Verpfänder noch nicht Eigenthümer war.

Abgesehen davon, daß auch er sich der exceptio doli aus der Person des Verpfänders fügen müßte, so ist er selbst in Dolus gerade dadurch, daß er dem frühern Pfandgläubiger widerstrebt. Warum widerstrebt er? Weil er selbst ein Pfandrecht zu haben behauptet. Er hat aber sein Pfandrecht ebenfalls von einem Nicht-Eigenthümer erhalten. Folglich greift er das Pfandrecht seines Gegners aus Gründen an, die seinem eigenen widerstreben. Er widerspricht sich also selbst, und kann gewiß nicht guten Glaubens das bei einem Andern anfechten, worauf er sich selbst stützt.

Man erwäge nur einmal den Verlauf des Streits. Der

9) l. 4. §. 30. D. de dol. et met. except.

frühere Pfandberechtigte klagt; der spätere excipirt: „si non convenit, ut sibi res sit obligata;“ darauf replicirt jener: „si non mihi ante pignori res sit obligata [10]).“ Würde nun der spätere weiter erwidern: si non aliena res fuerit, so wäre der Einwurf der frühern: si non et tibi aliena fuerit obligata ganz entscheidend. Denn er enthielte eine exceptio doli, weil der später Berechtigte sein eigenes Recht durch seine Widerrede umstößt, und doch aufrecht erhalten will. Mit vollem Fug kann man von dem spätern sagen: „improbe resistit.“

Alle diese Behauptungen finden ihre gewissesten Stütze in Einer, der folgenden Stelle:

l. 9. §. 3. D. qui pot. in pign. Africanus. Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Moevio; deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Moevii pignus convalescere placebat: tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc cum Moevio obligaretur, neque eum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Moevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Moevio obligatum esse.

Vor allen Dingen ist nun zu bemerken, daß die Stelle von Pfandberechtigten im guten Glauben handle. Denn sie redet nicht von einer Retention, welche dem Pfandberechtigten in bösem Glauben allein zukommt, aber auch nur durch dessen Besitz möglich wird; sie spricht vielmehr von einem

10) l. 12. pr. D. vul. pot. in pign.

„confirmari“ und „convalescere“ des Pfandrechts, während nicht der Pfandberechtigte, sondern bald Titia bald deren Mann die Sache inne hat.

Nun soll das Pfandrecht des Mövius nicht „convalescere“ d. h. zu Kraft gebracht werden. Aus welchem Grunde? Wohl ist der Mann der Titia „emtoris loco;“ allein ein früheres Pfandrecht wird füglich auch gegen einen spätern Käufer geltend gemacht. Die gewöhnliche Ansicht, welche durch die Erwerbung des Eigenthums von Seiten des Verpfänders ein wahrhaftes Pfandrecht erzeugt werden läßt, weiß die Entscheidung des Africanus nirgend woher zu rechtfertigen, wenn sie gleich in der Verlegenheit nach der Priorität des Titius greift, der doch durch sein Vorgehen das Pfandrecht des Mövius nicht vernichtet [11]). Erst muß man die gewöhnliche Theorie verlassen, um Einsicht in jene Entscheidung zu erlangen.

Der Mann der Titia ist „emtoris loco.“ Gegen ihn findet also die replica doli, wodurch Mövius allein Pfandrecht unterstützen könnte, nicht Statt. „Tunc enim confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur.“ Nur, wenn die Sache zur Zeit, wo der Pfandberechtigte klagt, annoch dem Schuldner ist, kann das Pfandrecht Kraft erlangen, weil nur gegen den Schuldner, nicht aber gegen den dritten Erwerber das Mittel seiner Kräftigung, eine exceptio doli, gebraucht werden darf.

Indessen gilt das nur, sofern der Mann im guten Glauben, d. h. ohne das Pfandrecht des Mövius zu kennen, die Sache erwarb, „si ignoravit Moevio obligatum esse.“ Im andern Fall stünde ihm eine Einrede oder Replik aus seinem eigenen Dolus entgegen, und das Pfandrecht würde durch diese Einrede oder Replik aufrecht erhalten. Doch war-

11) Unsers Wissens ist Bolley (von öffentlichen Unterpfändern §. 55). allein redlich genug, an der Erklärung dieser Stelle gleichsam zu verzweifeln.

um machte Mövius ſein Pfandrecht nicht geltend, bevor der Mann der Titia „emtoris loco“ kam? Vorher ſtand ihm Titius entgegen. Denn als Pfandgläubiger geht der frühere dem ſpäteren unbedingt vor, weil die Einrede oder Replik des Dolus aus der Perſon des Verpfänders auch gegen den ſpätern Pfandgläubiger anwendbar iſt, und das um ſo mehr, wenn er, wie Mövius ſelbſt von demſelben Nicht-Eigenthümer ſein Pfandrecht erwarb. Daher redet Afrikanus unbedingt von einem „prior“ und „sequens;“ weil die Pfandgläubiger alle, mögen ſie zum Theil nach Erlangung oder alle vor Erlangung des Eigenthums ihr Pfandrecht erworben haben, ihr Pfandrecht nach der Zeit ihres Erwerbs geltend machen, und einander dieſer Zeit gemäß vorgehen und nachſtehen [12]).

So wird die Stelle ganz klar, die Entſcheidung treffend. Sie iſt eine Folge von ſonſtbekannten, allgemeinen Regeln, und wie ſie und die ganze Anſicht von Africanus nur aus dieſen Regeln über die exceptio doli zur völligen Genüge erklärt wird, ſo beſtärkt ſie hinwiederum unſere Darſtellung von der Verpfändung einer fremden Sache, welche ſich gerade ebenfalls auf jene allgemeinen Regeln gründet. Die nach unſerer Meinung ſo unſchwierige Erklärung der vorangeführten Stelle, dürfte im Gegenſatz der vielen, ſchon verſuchten, gezwungenen und unnatürlichen, wenn auch hie und da ſcharfſinnigen Erklärungen, den beſten Beweis für die Richtigkeit unſerer Meinung liefern.

III.

Bis jetzt ward von der Verpfändung einer fremden Sache in der Vorausſetzung gehandelt, daß der Verpfänder das Ei-

12) Man hat ſich zum Beweiſe dieſes Satzes auch ſchon auf l. 14. D. qui pot. in pign. berufen; indeſſen iſt auch ſchon von Andern bemerkt worden, daß ſich die Stelle auf eine mit der actio Publiciana verſehene bonae fidei possessio beziehe, und mit l. 9. §. 4. D. de public. act. (6. 2.) in Zuſammenhange ſtehe.

genthum erwarb. Doch angenommen, er habe daſſelbe nicht erworben, ſey aber im Beſitze der Sache, ſoll der gegen ihn klagende Pfandberechtigte auch ſo ſeine Klage durchſetzen können?

Erwägt man die Lage des Pfandberechtigten genau, ſo wird man in derſelben einen Dolus wahrnehmen, ſobald er gegen den Schuldner, der nicht Eigenthümer geworden iſt, die verpfändete Sache verfolgt. Denn indem er ſie verfolgt, verfolgt er eine fremde Sache. Zwar hat ihm der beklagte Verpfänder ein Recht darauf verliehen, und ſollte ebendeswegen daſſelbe nicht anfechten können. Allein es iſt nicht die Anfechtung dieſes Rechts, was dem Pfandberechtigten im Wege ſteht, ſondern ſein Verlangen, das auf eine jetzt noch fremde Sache gerichtet iſt.

In dieſem Verlangen liegt etwas Doloſes, wodurch das Verlangen ſelbſt vernichtet wird. Oder iſt es im guten Glauben, daß man eine dem Verpfänder nicht gehörige Sache zur Sicherheit ſeiner Forderung, und zum Zweck der Veräußerung in Beſitz nehmen will?

Klagt mithin der Pfandberechtigte, ſo hält man ihm entgegen: si non res aliena sit. Würde nun der Kläger repliciren wollen: si non tu eam pignoraris, ſo müßte er einer exceptio doli eine andere exceptio doli als Replik entgegen ſtellen. Das geht aber nicht an; denn in ſolchen Fällen melior causa est possessoris [13]).

IV.

Noch bleibt der Fall zu erörtern übrig, wo der Eigenthümer den verpfändenden Nicht-Eigenthümer beerbt. —

13) Wir enthalten uns auch hier, über l. 21. §. 1. D. de pign. zu reden. Denn dieſe Stelle beſchäftigt ſich, was ebenfalls ſchon Andere bemerkten, offenbar mit einer durch die actio publiciana gedeckte bonae fidei possessio; wobei das Pfandrecht gültig iſt, und der Pfandberechtigte auf dieſelbe Weiſe wie der Verpfänder geſchützt wird. Er handelt mithin nicht „improbe," wenn er dieſe Sache aus ſeinem Pfandrecht an ſich fordert.

Bei dieſem Fall iſt es nun wichtig den geſetzlichen Ausſpruch feſtzuhalten, daß derjenige, welcher eine fremde Sache verpfändet, durch das judicium contrarium [14]) dem Pfandberechtigten verpflichtet wird, eine Verpflichtung, die unſtreitig auch auf den Erben übergeht. Würde dann dieſer zufällig Eigenthümer der verpfändeten Sache ſeyn, ſo müßte er von zwei Dingen Eins thun, entweder das Pfandrecht, oder das judicium contrarium gegen ſich gelten laſſen, und, ſo er das Letztere vorzöge, gerade das leiſten, was er durch Anfechtung des Pfandrechts nicht leiſten wollte. Denn ſey es, daß man ihn einer andern Pfandbeſtellung, oder auch nur des Intereſſe ſchuldig erachtete, ſo müßte er immerhin für des entzogene Pfandrecht einſtehen, Erſatz dafür gewähren. Indem er alſo, als Eigenthümer, das Pfandrecht angriffe, unterwürfe er ſich zugleich einer Verbindlichkeit, die aus eben dem Angriff entſtünde, oder, um es beſſer zu ſagen, er handelte als Eigenthümer, ſich ſelbſt als Erben, gerade entgegen. Eine ſolche Handlungsweiſe aber iſt es, die man improbe nennt, und durch „dolos" bezeichnet [15]).

Wir wollen unſere Meinung an einem andern Beiſpiele klar machen, das zugleich für dieſelbe eine Analogie liefert.

Bekanntlich iſt die exceptio rei venditae et traditae auch eine exceptio doli, und wird gerade darum gegeben, weil der, welcher die Sache als Eigenthümer fordert, auf irgend eine Weiſe als Verkäufer verbindlich würde. Geſetzt nun der Eigenthümer hätte den Verkäufer beerbt, und könnte, wenn er als Eigenthümer die von ſeinem Erblaſſer verkaufte Sache dem Käufer entziehen oder vorenthalten wollte, durch eine Einrede geſchlagen werden, ſo müßte man, der völligen Aehnlichkeit wegen, auch in unſerm Fall, analog, dem Pfandberechtigten eine Einrede gegen den Eigenthümer geben, der ſich durch Abſonderung oder Veranſtaltung der verpfändeten

14) l. 16. §. 1. l. 32. D. de pigner. act. (13. 7).
15) l. 8. pr. D. de dol. et met. except. —

Sache als Erbe des Verpfänders nicht weniger verbindlich macht, denn ein an die Stelle des Verkäufers tretender Eigenthümer. Nun ſteht aber in der That dem Letztern eine exceptio doli entgegen, ſobald er es wagt ſein Eigenthum auf Koſten ſeiner Verbindlichkeit als Verkäufer geltend zu machen [16]; warum ſollte ſie nicht auch dem Erſtern nachtheilig ſeyn, der ſein Eigenthum auf Koſten ſeiner Verbindlichkeit als Verpfänder geltend machen will?

So viel nach allgemeinen Grundſätzen! Sollten nun die beſondern Regeln beim Pfandrecht entgegen ſtehen? Keineswegs.

l. 22. D. de pign. Modestinus. Si Titio etc.

Wir haben dieſe Stelle ſchon früher in der Hinſicht benutzt, um durch ſie nachzuweiſen, wie ein Pfandberechtigter, der eine fremde Sache zu Pfand erhielt, ſpäter einmal ſein Pfandrecht durchführen könne. Jetzt möge ſie auch nach ihrer materiellen Entſcheidung zum Belege der ſo eben aufgeſtellten Behauptung dienen.

Dennoch dürfen wir eine andere Stelle nicht übergehen, die ſowohl unſerer Behauptung als dem kurz erſt berührten Fragment zu widerſprechen ſcheint, und, wie ſie in gewöhnlicher Lehrart dargeſtellt wird, wirklich widerſpricht. Wir meinen aber:

l. 41. D. de pig. act. Paulus. Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti; datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titii, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, haeres exstitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori; neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si conve-

16) l. 1. §. 1. D. de exc. r. vend. et tr. (21. 3.) l. 73. D. de evict. (21. 2.) l. 14. C. de rei vind. (3. 32.)

nisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

Wir geben unumwunden zu, daß dieſe Stelle in ihrer gewöhnlichen Geſtalt mit der vorigen unvereinbar ſey, glauben aber auch, daß ſie in eben der Geſtalt ſonſt anerkannten Grundſätzen auf nicht begreifliche Art widerſpreche. Wir glauben daher ſchon desßhalb zu einigen Veränderungen im Allgemeinen berechtigt zu ſeyn. Demzufolge ſchlagen wir vor:

a) Statt „non est“ zu leſen „nonne est.“ Die Einſchiebung eines „ne“ zwiſchen „non“ und „est“ rechtfertigt ſich leicht durch die Betrachtung, daß jenes „ne“ ſehr wohl dadurch ausgefallen ſeyn könnte, daß End- und Anfangs-Buchſtabe der zwei Wörter, zwiſchen welche daſſelbe zu ſtehen kommt, gerade dieſes Wörtchen „ne“ bilden;

b) für „hoc enim“ zu ſetzen „haec enim.“ Auch „hoc“ und „haec“ ſind leicht einer Verwechſelung unterworfen, und darum dürfen wir nicht ſehr großes Bedenken tragen, das Eine die Stelle des Andern vertreten zu laſſen;

c) die Interpunktion anders zu geſtalten, was an ſich in Allwege geſtattet iſt. Dem gemäß ziehen wir erſtlich „pignoris“ nicht hinab zu „persecutio,“ ſondern hinauf zu „modo.“ Zweitens bringen wir nach „exstitero“ und nach „debet“ Fragzeichen an.

Dieſen Abänderungen zufolge würde die Stelle alſo lauten:

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti; datur utilis actio pigneratitia creditori. Nonne est idem dicendum, si ego Titii, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, haeres exstitero? haec enim, modo pignoris, persecutio non est concedenda creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet? Sed si convenisset etc.

Wir bemerken nun, daß „modo pignoris“ ganz gleichbedeutend ſey mit: „in modum pignoris“ „instar pignoris,“ und überſetzen das Fragment folgender Geſtalt:

„Du haſt eine fremde Sache verpfändet, und biſt nachher Eigenthümer dieſer Sache geworden; alſo hat der Gläubiger eine Pfandklage. Iſt nun nicht eben das zu behaupten, wenn ich Titius beerbe, der meine Sache ohne meinen Willen verpfändet hatte? Iſt denn dieſe Klage, als wäre ein wahres Pfandrecht vorhanden, dem Gläubiger nicht zuzugeſtehen, und reicht es nicht hin, daß der Eigenthümer auch (als Erbe) Schuldner iſt? Aber ꝛc.“

Paulus ſpricht im Eingange dem Pfandberechtigten eine Klage zu, wenn der Verpfänder nach der Verpfändung das Eigenthum erlangt. Er fährt dann fort, ſoll das nicht ebenfalls gelten, und der Gläubiger auch alsdann eine Klage haben, wenn der Eigenthümer den Verpfänder beerbt? Da eine negative Frage dem Geiſte nach bejaht, ſo ſieht man klar, daß Paulus den letztern Fall eigentlich wie den erſtern entſcheidet. Seine Argumentation iſt aber dieſe. Würde man dem Gläubiger alsdann keine Klage gewähren, wenn der Eigenthümer den Verpfänder beerbt, ſo könnte man ſie ihm auch da nicht gewähren, wo der Verpfänder ſelbſt nach der Verpfändung das Eigenthum erlangt. Denn ſobald man dort nicht geſtattet, daß der Gläubiger die Sache verfolge „in modum pignoris,“ wie wenn ſie ſein wahres Pfand wäre, und ſobald es nicht hinreicht, daß der Eigenthümer auch Schuldner iſt, und vermöge ſeiner Erbſchaft an die Stelle des Schuldners tritt, mit deſſen Perſon zuſammenfällt, ſo kann auch das nichts ausmachen, daß der Schuldner ſelbſt das Eigenthum erlangt; weil, dem Geiſte einer ſolchen Entſcheidung gemäß, darauf nichts ankäme, ob der Schuldner nachher das früher Zugeſtandene leiſten kann, ſondern alles darauf, daß die Verpfändung von Anfang an gültig war.

Aber, fügt er hinzu, eine ſolche Behauptung wäre irrig. „Sed si convenisset de pignore etc. etc.“ aber doch iſt der Schuldner, wenn er ſelbſt das Pfandrecht verlieh, und nachher Eigenthümer wird, in Dolus, und ſein Widerſtehen geſchieht „improbe,“ und der Gläubiger kann ſeine Pfandklage durchſetzen. Kann aber der Gläubiger ſeine Klage gegen den Verpfänder ſelbſt durchſetzen, ſo vermag er auch mit ihr gegen den an ſeine Stelle tretenden Eigenthümer durchzulangen.

Durch dieſe Darſtellung kommen die Geſetze in Einklang. Paulus entſcheidet eben ſo wie Modeſtin, beide nach allgemeinen anerkannten Rechtsregeln.

Dabei bleibt es denn merkwürdig, daß Paulus ſeine utilis pigneratitia im Eingange ſpäter durch „persecutio (rei) modo (in modum) pignoris umſchreibt, ganz ähnlich wie Diocletian ſich ausdrückt: „persecutio ad exemplum pignoratitiae,“ und wie Modeſtin durch den Gegenſatz: „pignus directo non convalescit“ ſeine Anſicht der Sache an den Tag legt. Die „persecutio modo pignoris“ iſt aber nichts anderes als eine Verfolgung der Sache, welche vermittelſt der exceptio doli wirkſam wird; und dieſe exceptio hebt dann auch Paulus am Ende, um die Argumentation zu ſchärfen, mit ſtarken Zügen heraus [17].

17) Wir bitten unſere Leſer im Sinne der vorſtehenden Abhandlung das zu berichtigen, was wir in unſerm Commentar des neuen Würtemb. Pfandgeſetzes (Stuttgart 1825) ad Art. 6. irriger Weiſe noch behauptet haben.